



NORGES HØYESTERETT

Den 12. april 2010 avsa Høyesterett dom i

HR-2010-00596-A, (sak nr. 2010/310), straffesak, anke over dom,

A (advokat John Christian Elden)

mot

Den offentlige påtalemyndighet (statsadvokat Erik Førde)

STEMMEGIVNING:

- (1) Dommer **Støle**: Saken gjelder straffutmåling for besittelse og forsøk på salg av et mindre kvantum narkotika. Spørsmålet er særlig om det skal anvendes ubetinget fengselsstraff.
- (2) A ble ved tiltalebeslutning av Oslo politidistrikt satt under tiltale for overtredelse av

”I **Straffeloven § 162 første ledd, jf strl § 49**
for ulovlig å ha tilvirket, innført, ervervet, oppbevart eller overdratt
narkotika, eller medvirket til dette

Grunnlag:

Lørdag 23. mai 2009 ca. kl. 00.30 ved X i Y, forsøkte han å selge narkotika til politibetjent B og C, samt andre personer i området.

II **Legemiddeloven § 31 annet ledd jf § 24 første ledd**
for uten lovlig atkomst å ha vært i besittelse av narkotika

Grunnlag:

Til tid og på sted som beskrevet under post I, var han i besittelse av ca. 2,8 gram hasjisj.”

- (3) Oslo tingrett avsa 11. juni 2009 dom med slik domsslutning:

”A, født 09.04.1988, dømmes for overtredelse av straffeloven § 162 første ledd jf § 49 og legemiddeloven § 31 annet ledd jf § 24 første ledd til fengsel i 18 – atten – dager, jf. straffeloven § 63 annet ledd.

Varetekt kommer til fradrag med 21 – tjueen – dager.”

- (4) A anket over straffutmålingen. Borgarting lagmannsrett avsa 18. desember 2009 dom med slik domsslutning:

”I tingrettens dom gjøres den endring at straffen settes til fengsel i 15 – femten – dager.”

- (5) A har anket dommen til Høyesterett. Anken gjelder straffutmålingen. Det er anført at straffen burde ha vært avgjort ved en bot, subsidiært en betinget fengselsstraff. Både tingretten og lagmannsretten har lagt vekt på at kriminelle som misbruker asylinstituttet til salg av narkotika er et stort og økende samfunnsproblem, og at allmennpreventive hensyn derfor tilsier bruk av ubetinget fengselsstraff. Slike betraktninger er det ikke faktisk eller rettslig grunnlag for.
- (6) Påtalemyndigheten har anført at straffutmålingen er korrekt og har påstått anken forkastet.
- (7) *Jeg er kommet til* at anken bør tas til følge, og da slik at det bør reageres med en betinget fengselsstraff.
- (8) Domfelte er 22 år gammel og er ghanesisk statsborger. Han kom til Norge i august 2008. Søknad om politisk asyl ble avslått, og utlendingsmyndighetene traff vedtak om å returnere ham til Italia som første asylland. Han ble uttransportert 12. juni 2009, dagen etter at tingrettens dom var avsagt. Det er opplyst at han ikke tidligere er straffet i Norge for overtredelse av narkotikalovgivningen.
- (9) Domfellelsen i tingretten gjaldt overtredelse av straffeloven § 162 første ledd jf. § 49 og legemiddeloven § 31 annet ledd jf. § 24 første ledd. A tilbød 23. mai 2009 to polititjenestemenn på X i Y å kjøpe hasj. Han var da i besittelse av et mindre kvantum som opprinnelig ble antatt å utgjøre 2,8 gram. Senere analyse avklarte at det dreide seg om 2,28 gram hasj. Om de nærmere faktiske omstendigheter heter det i tingrettens dom:

”B forklarte at hun og politibetjent C var på X ikledd sivile klær, da tiltalte oppsøkte dem og spurte: ’Want some hasj?’. Etter at C sa hæ og begge snudde seg, gjentok tiltalte: ’Want to buy some hasj?’. C spurte tiltalte: ’What can you get?’, hvorpå tiltalte svarte ’Hasj, kokain, speed’. Idet tiltalte ble pågrepet av politibetjentene slapp han to staver på bakken, som senere viste seg å være 2,80 gram hasj, jf beslagsrapporten. Politiet beslagla også 2 mobiltelefoner, som tiltalte erkjente tilhørte han. På den ene mobiltelefonen ble det funnet en melding med følgende innhold: ’Hey Andy, lurte på hvor mye amfetamin du kan selge?’ og en annen melding som lød: ’If I can just buy a couple g, just some green.’”

- (10) Det fremgår at stoffet ikke var til eget bruk. Forholdet i tiltalen post II skulle da ha vært subsumert under straffeloven § 162 første ledd som oppbevaring, men som lagmannsretten finner jeg at dette ikke får betydning for straffutmålingen.

- (11) I rettspraksis er det lagt til grunn at innførsel og omsetning av hasj må bedømmes strengere enn kjøp og oppbevaring, noe som har sammenheng med at slik virksomhet øker tilgjengeligheten av stoffet. Utgangspunktet er at reaksjonsfastsettelsen ved innførsel eller salg av selv meget små mengder hasj er fengselsstraff, men da slik at straffen kan gjøres betinget etter en konkret vurdering. Jeg viser til Rt. 1995 side 1968 og Rt. 2009 side 1551. I begge disse sakene var det tale om innførsel av meget små kvanta hasj til eget bruk. I Riksadvokatens rundskriv nr. 1/1998 (RA-1998-1) med senere endringer er blant annet uttalt:

”Ved innførsel og omsetning vil utgangspunktet fortsatt være fengselsstraff, jf. Rt-1995-1968. Praktiske hensyn kan likevel begrunne bruk av forelegg for innførsel av narkotika når overtredelsen er begått av utlending som også bortvises eller utvises fra riket.”

- (12) Spørsmålet om betydningen for straffutmålingen av at overtredelser av narkotikalovgivningen begås av asylsøkere, har stått sentralt i både tingrettens og lagmannsrettens dom, samt i partenes anførsler for Høyesterett. Jeg skal derfor først knytte noen bemerkninger til dette.

- (13) Lagmannsretten har gitt tilslutning til følgende uttalelse i tingrettens dom:

”Kriminelle som misbruker asylinstituttet til salg av narkotika er et stort og stadig økende samfunnsproblem, og allmennpreventive hensyn gjør seg særlig gjeldende.”

- (14) Det står noe uklart for meg hva det nærmere bestemt ligger i dette utsagnet. Jeg har vanskelig for å se at det kan være et relevant hensyn ved straffutmålingen hvorvidt narkotikaforbrytelser begås av asylsøkere eller av norske statsborgere. At det kan være relevant ved den strafferettslige reaksjonsfastsettelse å legge vekt på hvorvidt en utlending blir bortvist eller utvist av riket, er innlysende, jf. også det som er gjengitt fra Riksadvokatens rundskriv. Atskillig mer problematisk forekommer det meg å være generelt å reagere strengere overfor asylsøkere med henvisning til allmennpreventive hensyn. Tvert imot må det følge av alminnelige likhetsbetraktninger at det er den straffbare handling som skal bedømmes, og at hver domfelt skal vurderes individuelt.
- (15) Dersom det faktum som ligger til grunn for domfellelsen, gir grunnlag for slutninger om at den domfelte er kommet til Norge under påberopelse av asylinstituttet med det formål å omsette narkotika i profittøyemed, kan det rimeligvis ligge annerledes an. I slike tilfeller vil de straffbare handlinger gjerne ha et profesjonelt preg som det vil være relevant å se hen til ved straffutmålingen, jf. Rt. 2000 side 2030 for et tilfelle av vinningskriminalitet.
- (16) Slik saken er opplyst for Høyesterett, er det ikke grunnlag for å trekke slike slutninger her, og det er heller ikke anført. Jeg finner det på denne bakgrunn heller ikke nødvendig å gå inn på domfeltes anførsler om at denne delen av premissene innebærer brudd på lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven).
- (17) Ved straffutmålingen må det i skjerpende retning legges vekt på at den straffbare handling har skjedd i det offentlige rom og på et sted der allmennheten ferdes daglig. Dertil kommer at domfellelsen for forsøk på overtredelse av straffeloven § 162 første ledd etter tiltalen post I ikke er strengt begrenset til de 2,28 gram hasj som var i domfeltes besittelse da han ble pågrepet, jf. det siterte fra tingrettens dom.

- (18) Når jeg likevel er blitt stående ved at det bør reageres med en betinget fengselsstraff, har jeg lagt vekt på at det ikke er bevist at forsøket gjaldt mer enn et meget begrenset kvantum, samt at det dreier seg om første gangs overtredelse av narkotikalovgivningen.
- (19) Straffen settes til betinget fengsel i atten dager.
- (20) Jeg stemmer for denne

D O M :

I tingrettens dom gjøres den endring at fullbyrdelsen av straffen utsettes etter reglene i straffeloven §§ 52-54 med en prøvetid på 2 – to – år.

- (21) Dommer **Indreberg:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Støle.
- (22) Dommer **Matheson:** Likeså.
- (23) Dommer **Møse:** Likeså.
- (24) Dommer **Skoghøy:** Jeg er enig med førstvoterende i at det ved straffutmålingen i dette tilfellet ikke kan legges vekt på at domfelte var asylsøker, men mener at anken likevel må forkastes.
- (25) Narkotika representerer et alvorlig samfunnsproblem. Dette gjelder også hasj, som har vist seg å være mer skadelig enn mange tidligere har antatt.
- (26) Da domfelte ble pågrepet, hadde han på seg 2,28 gram hasj, men det salgsforsøk han er dømt for, omfatter mer, idet han etter tingrettens gjerningsbeskrivelse tilbød "hasj, kokain, speed". Det foreligger ikke nærmere opplysninger om hvor store kvanta narkotika han ville ha vært i stand til å skaffe. Selv om salgsforsøket omfatter mer enn det hasjparti domfelte hadde på seg, må det likevel legges til grunn at det dreier seg om mindre kvanta.
- (27) Det er riktig som fremholdt av førstvoterende at det i tidligere rettspraksis er lagt til grunn at innførsel og salg må bedømmes strengere enn kjøp og oppbevaring. Da innførsel kan skje til eget bruk, mens salg alltid skjer til andre, kan imidlertid rettspraksis ikke forstås slik at salg alltid skal bedømmes på samme måte som innførsel. Etter min oppfatning må salg og forsøk på salg av narkotika som utgangspunkt straffes med ubetinget fengsel selv om det dreier seg om mindre kvanta.
- (28) Domfelte har her tatt initiativ til å selge narkotika på et sterkt beferdet sted. Han bruker ikke selv narkotika, og salget har dermed skjedd med sikte på å skaffe inntekter. Det foreligger ingen formildende omstendigheter. Lagmannsretten har utmålt straffen til fengsel i 15 dager. Dette mener jeg er en riktig straff.
- (29) Domfelte har sittet 21 dager i varetekt. Straffen er som følge av dette blitt sonet ved utholdt varetektsfengsel.

(30) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

I tingrettens dom gjøres den endring at fullbyrdelsen av straffen utsettes etter reglene i straffeloven §§ 52-54 med en prøvetid på 2 – to – år.

Riktig utskrift bekreftes: